Revue internationale de droit comparé

A propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux.

Louis Rigaud

Citer ce document / Cite this document :

Rigaud Louis. A propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux.. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 15 N°3, Juillet-septembre 1963. pp. 557-567;

doi : 10.3406/ridc.1963.13719

http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1963_num_15_3_13719

Document généré le 05/06/2016

A PROPOS D'UNE RENAISSANCE DU «JUS AD REM» ET D'UN ESSAI DE CLASSIFICATION NOUVELLE DES DROITS PATRIMONIAUX

par

LOUIS RIGAUD

Doyen honoraire à la Faculté libre de droit de Paris

Berrée - FYP - creative commons

Il y a un demi-siècle, nous soutenions devant la Faculté de droit de l'Université de Toulouse, sous la présidence de son illustre doyen, Maurice Hauriou, la première de nos deux thèses de doctorat dont la conclusion tendait à la défense scientifique et au maintien de la distinction traditionnelle, utilisée dans l'enseignement juridique, du droit réel et de l'obligation, source d'un droit de créance (1). Si, en 1962, à la fin de ces cinquante années au cours desquelles l'approfondissement des théories juridiques n'a cessé de se développer malgré les perturbations amenées par deux guerres mondiales, la notion de droit réel apparaît toujours fondamentalement distincte de celle du droit personnel au sens de droit de créance chez la plupart des auteurs, si elle inspire toujours les traités de droit civil les plus récents qui ont réduit à son véritable rôle, en adoptant l'analyse présentée par nous, la fameuse obligation passive universelle présentée à tort comme constitutive de la notion de droit réel (2), la recherche scientifique s'est poursuivie en France dans des directions secondaires, inséparables d'ailleurs à bien des égards d'une prise de position implicite sur le fond du problème que nous avions envisagé dans sa généralité à titre principal. Diverses thèses se sont succédé, consacrées spécialement à élucider les concepts de servitude, d'obligation réelle, *propter rem* ou *scripta in rem* (3), et un professeur de l'Université hébraïque de Jérusalem, M. S. Ginossar, s'inspirant de ces nouveaux travaux autant que du nôtre, croit avoir trouvé enfin la vérité et fait la

---

(1) Louis Rigaud, *Le droit réel, histoire et théories*, thèse pour le doctorat ès sciences juridiques, Toulouse, 1912.

(2) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, 2e éd., t. 3, par Picard, n° 39 ; Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil* (d'après le traité de Planiol), t. I (1956), n° 662 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 1re éd., t. I, n° 165 ; Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I (1956), n° 305.

(3) V. De Juglart, *Obligation réelle et servitude*, thèse Bordeaux, 1937 ; Kornsprobst, *Etude sur la notion de servitude*, thèse Strasbourg, 1937 ; Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif*, thèse Alger, 1957.

lumière complète sur ce problème de la distinction des droits réels et de créance dans un petit volume, publié à Paris en 1960, dont l'ambition n'est pas moins que celle de l'« élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux » (4). La seconde partie de ces réflexions sera consacrée à une appréciation du mérite et de l'avenir de cette tentative. Dans leur première partie nous voudrions attirer l'attention sur la résurrection d'un vieux concept juridique dont nous avions rappelé les avatars historiques dans notre thèse de 1912 et que les excellentes *Leçons de droit civil* des professeurs Henri et Léon Mazeaud, écrites avec le concours de leur frère, le conseiller à la Cour de cassation Jean Mazeaud, viennent d'utiliser pour résoudre, d'après les solutions de la jurisprudence, la question si débattue jadis et actuellement rebondissante du droit du preneur dans le bail d'immeuble.

I

Le droit du preneur peut-il être actuellement ramené à la figure d'un *jus ad rem*, c'est-à-dire d'un droit personnel renforcé ?... Ne faut-il pas plutôt lui reconnaître la nature de droit réel véritable ?... Dans ce second sens se prononce l'essai précité de M. Ginossar ; c'est au contraire pour un simple *jus ad rem* que concluent les *Leçons de droit civil* de MM. Mazeaud dans leur troisième volume paru en 1961. Entre les deux opinions il n'y a guère de différence au point de vue pratique ; il n'y aurait même pas, semble-t-il, de différence au point de vue théorique si l'on adoptait l'opinion de M. Ginossar qui, prétendant bannir la propriété de la catégorie des droits réels qu'il réduit aux *jura in re aliena*, ne voit dans ceux-ci que des obligations réelles auxquelles correspondent autant de droits réels dont le sujet passif débiteur serait déterminé par sa relation (de propriété) avec une chose. La différence théorique saute cependant aux yeux dès lors que, contrairement à l'opinion de M. Ginossar, et en accord avec l'ensemble de nos civilistes, la propriété est cataloguée dans le tome I des *Leçons de droit civil* de MM. Mazeaud (n° 163) comme figurant en première ligne dans la liste des droits réels — et il n'y a pas là, comme nous le verrons dans la deuxième partie de nos observations, une simple question négligeable de terminologie.

Ainsi donc, eu égard à la classification des droits généralement reçue, le bail d'immeuble ne fonde pas, par lui-même, au profit du preneur, nonobstant la possibilité qu'il a, au cas de date certaine, d'opposer son bail à l'acquéreur de cet immeuble (art. 1743 C. civ.), un droit réel. C'est la thèse que nous présentions comme incontestable en 1912 (5). Serait-elle aujourd'hui devenue erronée du fait des multiples dispositions légales provoquées, en faveur du preneur, par la crise des logements et par l'admission du fameux droit au maintien dans les lieux octroyé à certaines conditions ?... Nous ne le pensons pas et les *Leçons de droit civil* précitées en font une démonstration pertinente à laquelle il suffit de renvoyer le lecteur (t. III, n° 1062 et s.). Le droit du preneur reste, quoiqu'on ait pu en dire à propos de cette évolution législative, un droit

---

(4) S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.

(5) V. notre thèse, p. 186, 187, 258 à 260, 268, 269.

de créance (6). Mais cette créance présente un caractère particulier qui, à défaut du *jus in re* proclamé par M. Ginossar, fonde un *jus ad rem*.

C'est ici que reparaît, comme utilisable, cette vieille figure du *jus ad rem* dont nous avions retracé l'histoire dans notre thèse en décrivant ses trois apparitions principales : en droit canonique, en droit féodal, enfin dans le code prussien de 1794. Et nous nous étions attaché à montrer que, si dans le droit féodal et le droit canonique cette figure d'apparence hybride constituait plutôt un droit réel imparfait, le *jus ad rem* de l'ancien code prussien n'était qu'un droit de créance accompagné d'une action révocatoire *sui generis* (7). Dans cet ancien droit prussien qui, resté fidèle à la conception romaine des modes de transfert de la propriété, n'admettait pas le transfert *solo consensu*, mais exigeait la tradition de la chose vendue, ce *jus ad rem* reconnu à l'acquéreur fortifiait son droit de créance contre le vendeur à l'encontre des prétentions d'un second acquéreur ayant, en connaissance de la première vente, réussi à obtenir du vendeur la mise en possession de la chose avant ce premier acquéreur. Les choses se passaient comme au cas d'une action paulienne rendant inopposable le droit acquis de mauvaise foi par le second acquéreur, avec cette différence essentielle que l'inopposabilité de ce droit réel de propriété, acquis de mauvaise foi à l'égard du premier acquéreur muni d'un simple droit de créance, n'exigeait pas que, par cette seconde vente, le vendeur, débiteur de ce premier acquéreur, se fût rendu insolvable. On en concluait que le premier acquéreur n'ayant pas encore reçu tradition avait plus qu'un simple droit de créance ordinaire : un *jus ad rem*, sinon un *jus in re* (le droit de propriété subordonné à l'accomplissement de la tradition par une mise en possession de la chose).

La question de la reconnaissance d'un *jus ad rem* analogue au profit du preneur dans le contrat de bail ne parait pas s'être posée dans notre ancien droit. Après avoir exposé les trois manifestations historiques incontestables du *jus ad rem*, nous avions conclu dans notre thèse (p. 91) : « Ces applications sont oubliées de nos jours, du moins en France ; le *jus ad rem* du premier acquéreur a dégénéré en une simple créance, et déjà au XVIIIe siècle cette expression a pris le sens d'obligation, sous lequel il nous arrive encore de l'employer. Pothier et les auteurs de son époque ne connaissent pas de droit intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel ; les romanistes et les civilistes de notre pays ont rejeté de bonne heure cette figure bâtarde. Le *jus ad rem*, c'est désormais le droit de créance ou d'obligation opposé au droit réel, *jus in re* ». Et, après rappel d'un autre emploi par deux auteurs coutumiers du vocable *jus ad rem* dans le sens d'un droit viager, nous disions (p. 93) : « ... on se trouve en présence d'une théorie très cohérente qui a eu, des canonistes du Moyen Age au code civil allemand, un développement historique des plus intéressants, et qui peut-être pourrait rendre encore des services ».

---

(6) V. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. III, n° 1684. Dans le sens de la réalité, v. par contre J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail*, thèse Toulouse, 1952, et, avec certaines atténuations à la doctrine de la réalité présentée par lui, Ginossar, *op. cit.*, nos 65 et 66.

(7) Sur la possibilité d'y voir une action paulienne spéciale, v. A. Grouber, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913, p. 480 et s. et n° 282 ; p. 520 et s.

En ce qui concerne la construction du droit du preneur à bail, préoccupé avant tout de maintenir l'opposition scientifique classique des deux notions de droit réel et d'obligation, nous n'avions pas vu d'un œil favorable une utilisation nouvelle d'un *jus ad rem* pour expliquer le droit du preneur dans le contrat de bail (v. notre thèse, p. 186, la note 3). Examinant, après Demogue, l'hypothèse de deux locataires à bail sans date certaine, nous estimions au cas d'entrée en possession, même de mauvaise foi, du second locataire connaissant l'existence du premier bail, « le premier locataire n'ayant pas de droit réel ni de *jus ad rem* au sens du code prussien, ne devoir lui donner qu'une action en indemnité fondée sur l'article 1382 », et nous ajoutions : « Mais il ne faut pas confondre cette action avec une action réelle, sanction du droit de suite. Ce droit de suite ne pourrait être reconnu que par la loi ou la jurisprudence ».

Cinquante ans ont passé depuis, avec les troubles apportés par deux guerres qui ont provoqué la crise des logements. On conçoit donc que la jurisprudence ait été amenée à consolider la situation du premier locataire, en lui reconnaissant plus que le droit à une réparation pécuniaire. Les *Leçons de droit civil* de MM. Mazeaud, qui ont analysé cette jurisprudence, y voient la manifestation du caractère particulier du droit personnel du preneur, ainsi devenu un *jus ad rem* (t. III, n° 1091, p. 926) : « La plupart des cours d'appel, observent-ils, et la Cour de cassation, dans des arrêts de principe, ont affirmé que « *entre deux preneurs successifs de la même chose louée, celui qui a l'antériorité du titre doit être préféré à l'autre* », de telle sorte que *le bail qui a, le premier, acquis date certaine est opposable aux autres preneurs,* même au preneur qui aurait pris possession le premier », réserve faite des baux de plus de douze années pour lesquels prévaut l'antériorité de la publicité foncière (v. Cass. soc. 1er juin 1954, *Semaine juridique,* 1955, II, 850, reproduit dans les *Leçons* (t. III, p. 929). Les *Leçons de droit civil* qui approuvent cette solution ne visent pas l'hypothèse examinée dans notre thèse (note 3 précitée, p. 186, 187) où l'antériorité du titre est difficile à établir, aucun des deux baux n'ayant reçu date certaine. Mais on sait que si, selon l'opinion dominante, la connaissance qu'un tiers a pu avoir d'un acte ne suffit pas à lui conférer, même à son égard, date certaine, sa mauvaise foi a pu être à maintes reprises considérée comme équipollente à cette date certaine (8). Il n'est donc pas impossible que la jurisprudence tire au profit du preneur à bail toutes les conséquences dérivant de la théorie du *jus ad rem* (9). Le preneur n'en restera pas moins à considérer comme un créancier dont le titre particulier est amplement suffisant à garantir sa protection, sans qu'il soit besoin de lui reconnaître un droit réel d'ailleurs peu avantageux pour lui, étant donné les obligations positives à la charge du bailleur qui rendent sa situation préférable à celle de l'usufruitier, réduit en principe à se procurer par lui seul la jouissance de la chose grevée de son droit réel d'usufruit. M. Ginossar a cru devoir reprendre la thèse du droit réel du preneur, jadis soutenue sans succès par Troplong, en l'étayant sur de nouvelles bases qui remettent en question la classification habituelle des droits et la conception même

(8) V. Ginossar, *op. cit.*, note 311, p. 172, 173, et note 122, p. 64.

(9) Cf. cependant, à raison de leur répulsion instinctive ou délibérée à l'égard du concept technique de *jus ad rem*, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. III, n° 1696 et, en rapprochant, t. I, n° 667.

de la propriété. Ceci nous amène à exprimer notre opinion sur cet essai d'une classification nouvelle des droits patrimoniaux, présentée par l'auteur lui-même comme un complet bouleversement des idées reçues jusqu'ici (*op. cit.* p. 192).

II

A propos de la nature réelle qu'il attribue au droit du preneur, observons tout de suite que M. Ginossar paraît se contredire lorsque, professant comme MM. Mazeaud que ne peuvent être doués de la nature de droits réels que les seuls droits limitativement admis à ce titre par le législateur (cf. n° 58, 5°) il fait bon marché pratiquement de l'omission du droit du preneur dans l'énumération des droits réels figurant à l'article 543 du Code civil. Si l'on se reporte aux *Leçons de droit civil* de MM. Mazeaud (t. III, p. 905, 906) on constate que ceux-ci attachent en revanche un poids décisif, en faveur de la nature personnelle du droit du preneur, à cette omission, car pour eux la mention du droit de jouissance sur les biens faite par l'article 543 ne s'applique certainement pas au droit du preneur, mais à l'usufruit, à l'usage ou à l'habitation (cf. leur tome I, n°s 162 et 164, 1°). Nous n'insistons pas sur cette observation dès lors que M. Ginossar prétend réduire la notion de droit réel à une « anomalie juridique » (v. n° 50, p. 136) dont il exclut la propriété, pour ne retenir que les *jura in re aliena* qu'il analyse en autant d'obligations qualifiées réelles, le droit ne se concevant pas pour lui abstraction faite d'un lien d'obligation entre deux sujets. Mais c'est précisément cette prétention de réduire tout le droit à la figure logique, d'ailleurs plus ambiguë qu'il n'y paraît, de l'obligation généralisée à toutes les situations juridiques selon les analyses aujourd'hui dépassées de Planiol et de Demogue, qu'il est impossible d'admettre. Nous n'en recommencerons pas ici la démonstration, nous bornant à renvoyer à notre thèse (p. 205 à 250) ou mieux aux *Leçons de droit civil* de MM. Mazeaud (t. I, n° 166).

Que la classification nouvelle des droits patrimoniaux présentée par M. Ginossar ait son point de départ dans cette réduction du phénomène juridique à l'obligation, tenue implicitement pour lui comme évidente alors que cette erreur a été depuis si longtemps dénoncée, cela n'est pas niable. Poussant à l'extrême les analyses des thèses modernes consacrées aux notions de servitude et d'obligation *propter rem*, il réduit aisément la substance des *jura in re aliena*, qui sont pour lui les seuls droits réels dans sa terminologie, à des obligations entre deux sujets figurant à l'actif du patrimoine pour celui qui en est le créancier, au passif pour le sujet qui en est le débiteur. Ce qui caractérise le droit réel, dans sa conception, réside simplement en ce qu'il existe, à côté des obligations personnelles exécutoires sur tout le patrimoine du débiteur, affecté par le gage général reconnu à ses créanciers ordinaires ou chirographaires (art. 2092, 2093 C. civ.), des obligations *réelles*, ainsi qualifiées parce que leur débiteur, leur sujet passif, n'est pas déterminé directement, mais indirectement, par la propriété d'une chose, *res*, ordinairement un immeuble, cette *res* étant affectée spécialement à l'acquittement de l'obligation de telle manière que le débiteur est admis à s'en dégager en transférant la chose à un tiers qui devient par là même à son tour débiteur *réel* (note 228), parfois même par un simple abandon (n° 61) de la chose. L'auteur attire aussi l'attention sur ce que parfois l'obligation personnelle s'accompagne d'une obligation réelle distincte ; ainsi le débiteur hypothé-

caire est à la fois débiteur personnel et, quant à la chose hypothéquée, débiteur réel, la distinction entre l'engagement personnel et l'engagement réel ne se manifestant d'ailleurs que lorsque l'immeuble hypothéqué passe à un tiers acquéreur (n° 63). Les combinaisons du droit réel et du droit personnel s'éclairciraient donc parfaitement par l'adoption des analyses de l'auteur dès lors que le droit réel, tel qu'il l'entend, se résout tout comme le droit personnel en obligations tantôt actives (il y a des droits réels *in faciendo*), tantôt passives. « Ainsi, dit-il (p. 179), se combinent, sans jamais se confondre, les droits de créance de nature diverse, réels et personnels, principaux et accessoires, mais tous également relatifs à une personne déterminée, le sujet passif... ».

Il convient d'admirer l'ingéniosité et la maîtrise dialectique dont l'auteur fait preuve dans l'analyse extrêmement serrée, parfois même trop subtile, à laquelle il soumet les *jura in re aliena*. Et pourtant, tout en reconnaissant l'intérêt de ces dissections et de ces comparaisons déjà entrevu et discuté en 1912, dans notre thèse (p. 160 à 163), nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'adopter la nouvelle classification des droits patrimoniaux imaginée par l'auteur. Sans doute, sur le terrain des analyses logiques et des systèmes purement rationnels, cher à ceux qui, jadis, comme Roguin, eurent la prétention de construire une « science juridique pure », il est possible de discuter et de contredire les constructions juridiques qui nous ont été léguées par une longue tradition doctrinale, dont les concepts sont passés dans la pratique jurisprudentielle et dans les codifications. En tant qu'ils visent à une systématisation du droit par leurs catégories et leurs classifications, les jurisconsultes ont pu, *mutatis mutandis*, être rapprochés des géomètres, et les juristes, même profanes en fait de théorie géométrique, savent au moins par ouï-dire qu'à côté de la géométrie euclidienne, classique, on a pu imaginer des géométries non euclidiennes ; celles-ci n'ont pas pourtant évincé la théorie géométrique classique. A plus forte raison en doit-il être de même dans le domaine de la science juridique pour autant qu'on peut assimiler le droit à une science exacte (10). Catégories et classifications juridiques peuvent-elles figurer autre chose que des vérités approximatives, essentiellement pragmatiques, servant à résumer des solutions acquises fondées sur une longue expérience, susceptibles parfois d'être étendues par une prudente analogie à des situations semblables ?... Dans le domaine de la technique juridique, rien n'est éternel ; une chose pourtant est essentielle à considérer, c'est son développement historique. Celui-ci est à tenir, qu'on le veuille ou non, comme un résultat acquis et qui s'impose ; il ne sert guère en effet, sauf en des hypothèses exceptionnelles (11), de s'attacher à démontrer, d'ailleurs d'une façon souvent discutable, que le développement aurait dû être autre si la tradition eût été mieux comprise ou interprétée dans son sens véritable. En exprimant ce point de vue, nous songeons surtout à la critique que M. Gi-

---

(10) Il est possible d'avoir quelque doute à ce sujet. Cf. Biondo-Biondi, dans *Jus*, Milan, 1950, n° 2, p. 153, 155, 156, cité dans notre réédition de D'Aguesseau, *Essai d'une institution au droit public*, Paris, Sirey, 1955, p. 18, 2).

(11) On peut citer comme illustration d'un tel phénomène exceptionnel le fameux revirement qui s'est produit dans le sens attribué par la jurisprudence française à la règle *Locus regit actum* considérée jadis comme impérative (v. notre *Cours de droit international privé*, 2e éd., Paris, 1943, p. 452 et 453, note 1).

nossar a cru devoir faire du principe technique du transfert de propriété *solo consensu* entre parties au contrat de vente, principe tenu comme faisant partie, sans retour concevable en France au système romain de la tradition, de notre droit positif (cf. son interprétation de l'art. 1138 du code civil, p. 72 et s., à confronter avec celles de MM. Mazeaud, *op. cit.* (t. II, n° 1617, t. III, n° 899), ou de MM. Ripert et Boulanger (t. III, n°s 332 et 333).

N'est-il pas vain d'interpréter cet article 1138 comme étant sans relation avec l'idée du transfert de la propriété *solo consensu,* alors que cette idée, vulgarisée par Grotius et Puffendorf (cf. notre thèse, p. 90, note 1), avait été déjà mise en circulation par certains canonistes et théologiens moralistes (Lessius, *De justitia et jure,* 7e éd. Anvers, 1632, *lib.* 2, *cap, dub.* 3, p. 22, 2e colonne, et *cap.* 21, *dub.* 12, n° 96, 2e colonne), au point que Loysel paraît rejoindre leur conception du droit naturel lorsqu'il affirme (*Institutes coutumières,* liv. III, tit. IV, n° 6, éd. Dupin n° 407) : « L'on n'a pas plus tost vendu la chose qu'on n'y a plus rien ». Ainsi que le disent, après Planiol, MM. Ripert et Boulanger (t. II, n° 2445) : « Les rédacteurs du code se sont contentés de traduire en formules légales la doctrine de Grotius, de Loysel et de Domat. Le changement (par rapport à l'exigence ancienne de la tradition réelle ou feinte) est de beaucoup antérieur au code » (cf. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 11e éd., 1928, n°s 2.594 et 2.595).

L'objection faite par M. Ginossar (p. 72, note 139) au concept d'une propriété relative n'est pas aussi insurmontable qu'il le croit ; selon que l'on envisage simplement l'aspect externe du droit réel il peut y avoir une propriété relative (cf. sur la possibilité de reconnaître provisoirement plusieurs propriétaires vis-à-vis des tiers à l'occasion de la même chose, notre thèse, p. 295 et s.). Quant à un remplacement de la dualité des effets du transfert *solo consensu* selon qu'il s'agit des parties ou des tiers — dualité exprimée classiquement par ce concept d'un droit de propriété « dont l'opposabilité est simplement relative » (V. Ginossar, p. 74 et note 140) — par un recours au *jus ad rem* substitué au *jus in re* issu, du fait même du contrat de vente, au profit de l'acheteur, avant toute tradition ou publicité foncière, il y a là un retour en arrière, au rebours du développement historique des conceptions qui se sont succédé en France en matière d'acquisition de la propriété. Contrairement à ce que suggère l'auteur (note 140), Pothier, dont il cite un passage confirmant simplement le sens moderne attribué de son temps (v. *supra,* I) au vocable de *jus ad rem,* n'a nullement songé à utiliser le concept hybride original issu du droit canonique (cf. notre thèse, p. 86 à 93) au point de vue du moment assigné par lui au transfert de propriété dans les relations du vendeur et de l'acheteur.

Constatant que « nul ne met aujourd'hui en doute que la propriété soit un droit réel » (p. 109, note 198), l'auteur déclare avec quelque complaisance : « Nous nous excusons d'autant plus d'avoir osé nous attaquer de front à cet axiome de la théorie générale du droit ». Et, certes, M. Ginossar a pu habilement utiliser dans son attaque les discussions qui règnent entre certains historiens du droit romain sur les notions de *dominium* et de *jura in re aliena,* sur la portée et la signification de la distinction entre *res corporales* et *res incorporales,* sur l'existence même du droit subjectif dans la conception romaine du droit... ne cite-t-il pas avantageusement les travaux de M. Michel Villey dont les conclusions sont pourtant encore loin d'être admises, ainsi qu'en témoignent d'autres

études, parmi lesquelles celle de M. Giovanni Pugliese (11 *bis*) ? Il n'empêche — admettrait-on même que des générations de pandectistes célèbres aient pu construire des théories et des classifications dépassant le véritable sens des textes qu'ils commentaient — que ces constructions se sont universalisées dans les pays de civilisation latine et s'y sont fixées au point de s'incorporer dans la façon commune de sentir et d'exprimer le droit ; il y a comme une grammaire juridique, telle celle que les rédacteurs du code civil ont trouvée dans les œuvres de Pothier. Et celui-ci n'ayant pas manqué de mentionner en premier lieu la propriété comme le type même du droit réel, il importe peu que certains doutes puissent être élevés sur la valeur terminologique de ce vocable du point de vue de sa signification historique à une certaine époque de l'évolution juridique. Comme la raison répugne à la confusion vulgaire du droit de propriété avec son objet, à supposer que les jurisconsultes romains ne se soient jamais dégagés de cette confusion — ce qui est loin d'être prouvé (cf. notre thèse, p. 48 et 49) —, il convient bien de substituer à la division ancienne des *res corporales* et *incorporales* une division des droits qui, de quelque manière qu'ils soient techniquement agencés, ne peuvent être perçus ou touchés physiquement en tant que *corpora* (v. au surplus Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 174, 184). On ne peut accuser d'incohérence la terminologie fixée depuis Pothier et le code civil — et même antérieurement (12) — qui a abouti à faire de la propriété le premier des droits réels, le droit réel par excellence, *jus in re propria*, parce qu'à l'inverse des autres droits réels, *jura in re aliena*, il confère en principe à son titulaire les diverses utilités et commodités dont son objet est susceptible. Cette terminologie cadre parfaitement avec la réalité et sa représentation logique, ainsi que cela a été lumineusement établi par Otto Gierke (v. notre thèse, p. 230 à 238).

Par contre, la fameuse obligation passive universelle à laquelle on a jadis prétendu réduire le concept juridique de propriété ne saurait rendre compte du contenu de celui-ci. Cet essai de réduction a été justement stigmatisé de « parfaite caricature » (*Zerrbild*) par le même Otto Gierke. Il est impossible d'admettre que la définition juridique de la propriété puisse faire abstraction des rapports de son titulaire avec la chose, objet de cette propriété, en ne faisant ressortir que l'aspect négatif consistant dans la banale obligation qui s'impose à tous de ne pas troubler ces rapports juridiques parce que définis par la loi ou les règlements (art. 544 C. civ.). Parmi les références bibliographiques, pourtant très étendues, que M. Ginossar donne dans son étude, il est étonnant qu'il ait omis de citer un article pourtant assez connu de M. René Capitant, dont une partie a été reproduite dans le tome I des *Leçons de droit civil* de MM. Mazeaud (p. 197 à 200) ; cet article, dans lequel un publiciste exprime son opinion sur la nature juridique des droits réels, rejoint celle que le doyen Maurice Hauriou avait déjà émise dans une note de juris-

(11 *bis*) *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, t. III, p. 223 à 260, Naples, Jovene, 1953 ; et le compte rendu de cet article dans la *Revue historique de droit français et étranger*, 1953, p. 578.

(12) P. ex., dans le *Tractatus de jure in re et ad rem* de Gerh. Feltmann, déjà signalé dans notre thèse et analysé depuis dans notre article de la *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, Sirey, 1952 : *Un docteur de l'Université des lois d'Orléans professeur et diplomate : Gérard Feltmann (1637-1696)*, p. 235.

prudence reproduite *in extenso* dans notre thèse (p. 325 à 332). Les analyses de ces deux publicistes montrent la vanité de la tentative consistant à ramener arbitrairement la propriété et les autres droits réels à la figure d'un simple rapport obligationnel entre divers sujets.

Or, M. Ginossar est tellement féru de cette conception d'une science juridique dite pure, selon laquelle la notion d'obligation, devenue une sorte de dénominateur commun du droit, suffirait à tout expliquer, qu'il en est arrivé à vider le concept de propriété de son contenu réel, en le confondant purement et simplement avec celui de titularité. Le contenu de la propriété, selon lui, ne serait point la maîtrise de la chose (n° 11), mais simplement l'appartenance de la chose à la personne (n° 12). Partant de là, tous les droits, quels qu'ils soient, supposeraient une propriété sous-jacente, dès lors que ces droits nous appartiennent. Ainsi se trouve expliqué que le droit de créance, droit censément relatif, se double de l'obligation passive universelle (cf. p. 17, 1°). Cette obligation passive universelle de respecter l'appartenance serait la manifestation du rapprochement poursuivi par l'auteur entre propriété et créance ; une créance, considérée comme bien incorporel, pourrait tout autant que les biens dits corporels, être objet de propriété (n° 13 et s., n° 17) ; bien mieux, ce n'est que ce concept de la propriété de la créance qui rendrait compte de la coexistence du droit relatif du créancier avec l'obligation passive universelle ; elle expliquerait que la créance puisse ainsi figurer au titre de propriété dans l'actif du patrimoine selon la nouvelle classification des droits patrimoniaux présentée par l'auteur. L'originalité de cette classification proposée (p. 191) sous la forme d'un tableau synoptique, d'ailleurs rectifié, consiste en ce que l'actif du patrimoine ne comprend que des propriétés, c'est-à-dire des appartenances ayant pour objet des biens tantôt corporels, tantôt incorporels. Parmi ces derniers figurent les droits de créance ou droits relatifs, subdivisés par l'auteur en personnels, réels et mixtes ; leur correspondent au passif les dettes ou obligations corrélatives, également subdivisées en obligations personnelles, réelles et mixtes. L'auteur n'a pu méconnaître que la fameuse obligation passive universelle ne peut figurer dans son tableau au passif du patrimoine (v. notre thèse, p. 217 à 224 et Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 166, p. 193 *a*). On est alors porté à se demander en quoi consiste pour lui cette notion singulièrement abstraite d'appartenance qui n'est pour lui ni un droit réel ni un droit de créance, à laquelle il prétend ramener son concept extrêmement élargi et vague d'une propriété se superposant à tous les droits. Cette propriété, réduite à la pure appartenance, n'est-elle pas au fond la simple idée abstraite de titularité commune à tous les droits subjectifs, incapable de rendre compte par elle-même des prérogatives reconnues au propriétaire de ces biens corporels, à propos desquels s'est dégagée d'abord la notion romaine de *dominium* ? M. Ginossar paraît le reconnaître implicitement en se référant, dans la comparaison qu'il fait de la propriété et de la créance (n°s 19 à 21), aux prérogatives classiques, *usus, fructus, abusus,* attribuées au droit du propriétaire et en s'autorisant de la séparation possible et de la diminution de ces prérogatives pour ne voir dans la propriété qu'un « droit résiduaire », ce résidu consistant non dans la maîtrise mais dans l'appartenance abstraite (note 61). Le doyen de Vareilles-Sommières, dans sa pénétrante étude bien connue (13),

---

(13) V. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 443 et s. : *La définition et la notion juridique de la propriété*, cf. p. 105 de notre thèse.

n'avait pas été aussi loin, se contentant de voir dans la propriété un titre universel aux services de la chose, un droit général (cf. notre thèse, p. 106, 1) comme devait l'admettre plus tard le doyen Gény dans son ouvrage sur les lettres missives (14).

Si le concept juridique de propriété se résumait dans cette notion imprécise d'appartenance, il se réduirait au concept d'obligation passive universelle, obligation de droit public et non de droit privé (cf. notre thèse, p. 221 et 222, 370, 379 et 380), commune en réalité à tous les droits subjectifs dès lors que l'Etat en assume par ses lois la protection et le respect à l'égard de tous (*adde* Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 166, p. 139, *a*). On ne comprend donc pas que l'auteur puisse écrire, dans l'état actuel des notions techniques à la base de la théorie du droit, que « seule la notion de propriété permet d'exprimer... l'idée de rapport juridique liant « au créancier la généralité des hommes » (p. 43) et qu'il conclue ainsi de la nécessité de trouver un fondement à ce rapport — c'est-à-dire à l'obligation passive universelle de respect de tous les droits — à la nécessité de marier le droit de créance à un droit de propriété superposé ou sous-jacent. On ne saurait trop répéter que l'obligation passive universelle de respecter les droits n'est pas spéciale à la seule propriété ; et s'il est vrai que, dans une certaine mesure, le droit de créance est opposable aux tiers (cf. Mazeaud, t. I, n° 166 *c*, p. 193, 194 et n° 272), il n'est nullement nécessaire de recourir à l'idée d'une propriété de la créance ; la qualité de titulaire, autrement dit de créancier, suffit à en rendre compte (15).

M. Ginossar, dans cette « élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux », présentée avec un talent critique remarquable, s'est inspiré, en lui donnant forme nouvelle, de la conception personnaliste qui commençait à s'accréditer en France, il y a un demi-siècle, à l'encontre de la façon classique de justifier la distinction traditionnelle des droits réels et des droits de créance. Une conclusion paraît cependant toujours devoir s'imposer : la trop fameuse obligation universelle des personnalistes, obligation de droit public et de droit objectif (16) — ce qui explique, dans la terminologie romaine, son exclusion du concept de l'*obligation* source du droit subjectif de créance (cf. lui-même Ginossar, p. 6, note 12) — ne peut pas plus servir de base

---

(14) Cf. *Des droits sur les lettres missives*, t. I, n°s 123 à 130 cités dans notre thèse, p. 408, 1 (analyse du droit du destinataire).

(15) Dans une excellente étude parue au t. II des *Mélanges Roubier*, Paris, 1961, p. 89 et s., *De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers ; contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels*, M. J. Limpens, à l'encontre de nous et des *Leçons de droit civil*, de MM. Mazeaud (t. I, n° 166, p. 193, *b*), considère que « les personnalistes ont montré qu'il était faux de prétendre qu'il y eût un lien entre une personne et une chose » dans le droit réel (n° 27, p. 101 de son étude). Le préjugé philosophique qui lui est commun avec M. Ginossar paraît l'avoir amené à confondre trop aisément l'opposabilité du contrat et du droit de créance qui en est issu aux tiers de mauvaise foi, complices de sa violation, avec l'opposabilité, constitutive d'un véritable droit de suite, découlant normalement du droit réel (cf. notre thèse, p. 253 et 254, 266 et 267, 274 et 275).

(16) Demolombe l'avait entrevu, lorsqu'il écrivait (*Cours de Code Napoléon*, 4e éd., complété par Guillouard, t. IX, n° 464) : « La puissance publique garantit... à chacun tous les droits qui lui appartiennent, ses droits personnels de créance aussi bien que ses droits réels ».

à une classification des droits (cf. Gierke cité dans notre thèse, p. 237) qu'à servir de moule juridique au droit de propriété, dont elle traduit au plus l'aspect externe (17).

---

(17) Cette appréciation critique de l'ouvrage de M. Ginossar était depuis longtemps rédigée lorsque nous avons pu prendre connaissance du compte rendu de M. le Professeur Jean Dabin : *Une nouvelle définition du droit réel* (dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1962, p. 20 à 94), dont les conclusions ne diffèrent pas substantiellement des nôtres. Dans une réplique aux objections ainsi venues de Louvain (même *Revue trimestrielle*, p. 573 à 589) M. Ginossar concède que le fossé qui sépare sa conception de la doctrine classique du droit réel « n'est pas infranchissable » ; il l'estime cependant « trop profond pour qu'on puisse se dispenser de choisir ». Faisant grief à M. Dabin de négliger le rôle de l'obligation passive universelle, il considère que cette obligation traduisant la notion d'*appartenance* — à laquelle il attache la théorie de la propriété des créances — doit figurer dans la définition des droits subjectifs patrimoniaux sur le même pied que la notion de *maîtrise* qui, dans la doctrine classique, relègue l'obligation passive universelle à l'arrière-plan au point de paraître l'ignorer. Il ne conçoit surtout aucun délai (p. 575 texte et note 11), aucune antériorité entre la naissance du droit de créance ou du droit de propriété et celle de l'obligation passive universelle légalement imposée aux tiers de respecter les droits subjectifs. Mais n'est-ce pas faire litière des données de l'histoire du droit exprimées soit par la notion romaine de l'action réelle dont le titulaire est représenté comme agissant *cum eo qui nullo jure li obligatus est* (*Institutes* de Justinien, IV, 6,1), soit par l'origine institutionnelle du droit réel dégagée par l'analyse sociologique de Maurice Hauriou et développée, en 1912, dans notre première thèse de doctorat ?... Dans une analyse des droits subjectifs patrimoniaux, sous la bannière de l'*appartenance-maîtrise*, on conçoit donc que l'antériorité soit reconnue à l'élément de pouvoir ou de maîtrise, l'obligation passive universelle, manifestation externe de l'appartenance, se situant au second plan.